

**PRESCRIÇÃO PENAL APÓS A LEI Nº 12.234, DE
5 DE MAIO DE 2010**

Marco Antônio de Oliveira Vilela

*Oficial do Ministério Público lotado na 4ª Promotoria de Justiça da
Comarca de Alfenas/MG*

*Bacharel em Direito pela Universidade de Alfenas (Unifenas)
Pós-Graduado em Direito Público pela Associação Nacional dos
Magistrados Estaduais (ANAMAGES)
Pós-Graduado em Direito Civil pelas Faculdades Integradas de
Jacarepaguá (FIJ)*

No direito penal brasileiro está previsto o instituto da **prescrição**, que é a perda do direito de punir do Estado em virtude de sua inércia e o transcurso do tempo (perda do *ius puniendi* estatal), pois, como sabemos, os únicos crimes imprescritíveis admitidos em nosso país são a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, que estão previstos respectivamente nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Desta forma, cabe, inicialmente, recordarmos que o ordenamento jurídico pátrio comporta cinco espécies de prescrições, a saber:

- prescrição pela pena máxima em abstrato;
- prescrição retroativa;

Penal

- prescrição virtual ou em perspectiva (não prevista legalmente);
- prescrição superveniente ou intercorrente;
- prescrição da pretensão executória.

Abordaremos, resumidamente, cada uma dessas espécies de prescrição.

Prescrição pela pena máxima em abstrato: essa prescrição é contada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao crime, enquanto ainda não há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para seu cálculo basta identificar a pena máxima cominada abstratamente e verificar em que inciso do art. 109 do Código Penal (CP) ela se encaixa. A Lei nº 12.234/2010 não alterou esta modalidade de prescrição.

Prescrição retroativa: é calculada pela pena “*in concreto*”. Depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, o prazo será contado para trás e novamente encaixado no art. 109 do CP. Antes da Lei nº 12.234/2010 a prescrição retroativa poderia ser verificada em dois períodos: da data do fato até o recebimento da denúncia ou do recebimento da denúncia até a sentença.

Exemplificando: imagine um crime de furto ocorrido em maio de 2002, cuja denúncia foi recebida em maio de 2005 e a sentença condenatória de um ano transitou em julgado para a acusação em maio de 2010. Pena de um ano prescreve em quatro anos. Entre a data do fato e o recebimento da denúncia, passaram-se três anos, então não houve prescrição. Já, entre o recebimento da denúncia e a sentença, passaram-se cinco anos, logo houve prescrição retroativa neste período.

Prescrição virtual: também pode ser chamada de prescrição em perspectiva, antecipada ou, ainda, prescrição projetada. Esta modalidade de prescrição é reconhecida antecipadamente em um caso concreto, na qual se “prevê” a futura pena a ser aplicada ao réu e posteriormente comparada com os prazos prescricionais previstos no art. 109 do CP. Como a prescrição virtual é derivada da prescrição retroativa, antes da Lei nº 12.234/2010, também eram dois os períodos prescricionais, quais sejam, da data do fato até o recebimento da denúncia e do recebimento da denúncia até a sentença.

É importante frisar que a prescrição virtual não tem previsão legal, somente é admitida pela doutrina e pela jurisprudência de primeira instância, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), recentemente, aprovado a Súmula 438, com os seguintes dizeres: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão

punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Prescrição superveniente ou intercorrente: será o prazo entre a sentença condenatória e o acórdão final transitado em julgado, ou seja, o recurso interposto não poderá exceder o lapso prescricional da pena “*in concreto*” aplicada aos limites impostos pelo art. 109 do CP.

Prescrição da pretensão executória: esta espécie é contada pela pena concretamente aplicada ao condenado e o prazo prescricional é igualmente obtido mediante comparação com a tabela prevista no art. 109 do CP. A prescrição da pretensão executória refere-se ao prazo que o Estado tem para dar cumprimento à pena efetivamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A tão citada “tabela” do artigo 109 sofreu apenas uma importante modificação com a Lei nº 12.234/2010, qual seja, seu inciso VI dispunha que o lapso temporal para as penas inferiores a um ano, era de dois anos. Agora, o prazo prescricional, nestes casos, passou a ser de **três anos**.

Com essa modificação do inciso VI do art. 109, os prazos prescricionais das sanções disciplinares da Lei de Execução Penal (LEP), que eram de dois anos, agora, conforme jurisprudência do Superior Tribunal Federal (STF), também passaram a ser de três anos.

Mas, por outro lado, mesmo com o advento da nova lei, é preciso observar que ainda restam dois casos de prescrição em 2 anos na legislação brasileira, a saber:

- a prescrição relacionada aos usuários de drogas (art. 30 da Lei 11.343/2006) continua sendo de dois anos, pois lei especial prevalece sobre lei geral.
- a pena de multa prevista isoladamente em caso de contravenção penal ou aplicada isoladamente em caso de crime, nos termos do art. 114, I, do CP.

Outra importante modificação trazida pela lei em comento diz respeito ao art. 1º, que dispõe: “Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **para excluir a prescrição retroativa**”. (grifo nosso).

Se a “*mens legislatoris*” era acabar definitivamente com a prescrição retroativa, esse objetivo não foi alcançado, pois a nova redação do § 1º do art. 110 impede que haja prescrição retroativa tendo como **termo inicial data**

anterior à da denúncia ou queixa, mas nada fala sobre as datas posteriores à da denúncia ou da queixa.

Desta forma, a nova lei acabou apenas com “metade” da prescrição retroativa, ou seja, apenas um dos lapsos temporais foi excluído (entre o fato criminoso e o recebimento da denúncia). No entanto, quanto ao prazo entre o recebimento da denúncia e a sentença, a nova lei nada mencionou.

Durante o processo legislativo, o Projeto de Lei nº 1.383/2003 acabava definitivamente com a prescrição retroativa, já que expressamente impedia ter como marco inicial para contagem do prazo prescricional “**data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão**” (grifo nosso). No entanto, a redação final da Lei nº 12.234/2010 fez menção tão-somente à data anterior à denúncia ou queixa.

Desta forma, o legislador acabou eliminando apenas um dos casos de prescrição retroativa, não a excluindo inteiramente do nosso cenário jurídico, permanecendo a hipótese do lapso temporal entre o recebimento da denúncia ou queixa à data da sentença.

Crítica à súmula 438 do STJ

Como já mencionado, citada súmula veda completamente o reconhecimento da prescrição virtual, o que é lastimável, pois, em muitos casos, o aplicador do direito poderá verificar, antecipadamente, que, se o réu for condenado, até o final do processo sua pena já estará fulminada pela prescrição.

Em casos como este, para que levar o processo adiante? Só para chegar a uma sentença e aí reconhecer a prescrição retroativa? É um absurdo a utilização da máquina judiciária para este fim! Falta justa causa para a continuidade da ação penal, até mesmo porque nossos Tribunais já estão abarrotados de processos aguardando a tutela jurisdicional, não se admitindo “perda de tempo” com processos prescritos.

Em seu artigo intitulado “No Brasil, só é preso quem quer!”, o Promotor de Justiça mineiro, Dr. Marcelo Cunha de Araújo, traz uma impressionante estatística revelando que, no Brasil, o STF julga aproximadamente 100.000 processos por ano, enquanto a Suprema Corte Norte-Americana julga em torno de 100! Como fica a “reforma do judiciário brasileiro” trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004? E a tão comentada celeridade processual acrescentada ao art. 5º, LXXVIII da nossa Carta Magna?

Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que a edição da súmula 438 pelo STJ trouxe um grande retrocesso ao cenário jurídico brasileiro.

O TRF da 4ª Região (que engloba a região sul do país), brilhantemente, já acolheu a tese da prescrição

virtual, aduzindo o seguinte:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRÉDITO PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. FACTIBILIDADE. É factível a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva para evitar o deletério desgaste do emprego da força de trabalho do Judiciário ao longo de toda uma instância processual quando ex prompto já se constata que o resultado, mesmo em caso de efetivo juízo condenatório, será absolutamente nenhum. (TRF4, RSE 2006.72.14.002573-7, Sétima Turma, Relator Ricardo Nüske, D.E. 28/01/2009).

No mesmo sentido:

PENAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. ARTIGOS 299 e 171, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ART. 1º, INCS. I E II DO DLNº 201/67. VIÁVEL A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. EXCEPCIONALIDADE. 1. A prescrição pela pena projetada, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade. 2. Na espécie, considerando o período transcorrido das datas dos fatos até o presente momento (mais de nove anos), sem que a denúncia tenha sido recebida, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória - que, provavelmente, muito não se afastará do mínimo legal. (TRF4, RSE 2005.71.08.011814-0, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 14/01/2009)

De qualquer forma, se a prescrição retroativa acabou pela metade, por força da lei em comento, para aqueles que “ousarem contrariar” a súmula 438 do STJ, a prescrição virtual também foi “podada” pela metade, pois esta sempre foi atrelada àquela, somente sendo possível entre a data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença.

Direito Intertemporal: todas essas modificações trazidas pela Lei nº 12.234/2010 aumentaram os prazos prescricionais, sendo desfavoráveis ao réu (*novatio legis in pejus*), ou seja, o Estado terá mais tempo na apuração das infrações penais. Logo, citadas modificações, por tratar-se de norma material, são todas **irretroativas**, só podendo ser aplicadas para fatos ocorridos após a entrada em vigor da nova lei, que é de 5 de maio de 2010.

Prescrição pela pena máxima em abstrato: esta espécie de prescrição não foi alterada pela nova lei, desta forma, não é correto afirmar que não exista mais nenhuma prescrição antes do recebimento da denúncia ou da queixa (período pré-processual), ou seja, as investigações não podem ser eternas, caso o Estado demore demasiadamente na apuração dos fatos, ocorre a prescrição pela pena máxima em abstrato.

Equívocos legislativos: a redação final do § 1º do art. 110 dispõe erroneamente “**data anterior à da denúncia ou queixa**”, quando a forma correta seria “**data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa**”.

Outro equívoco foi que no art. 110 constou “§ 1º”, uma vez que o correto seria “**parágrafo único**”, pois passou a ser o único parágrafo do art. 110 do CP.

Considerações finais

Conclui-se, portanto, que a prescrição retroativa, bem como a virtual, persistem no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que mitigadas, sendo possível visualizá-las entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e da publicação da sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de desprovido seu recurso.

Desta forma, enquanto o fato criminoso estiver sendo investigado (fase pré-processual) não ocorrerá mais a prescrição retroativa ou virtual. A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010, citadas prescrições penalizam apenas a demora judicial, não mais a demora nas investigações.

Por outro lado, tendo em vista tratar-se de uma lei recém-sancionada, resta-nos aguardar para observarmos se esta será realmente a interpretação que nossos Tribunais darão a esta lei que alterou, significativamente, a prescrição penal brasileira.

Referências bibliográficas:

BRASIL. Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010. Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

[br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das contravenções penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.383, de 02 de julho de 2003. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 11 maio. 2010.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. No Brasil, só é preso quem quer! MPMG Jurídico, Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. Ano IV, nº 18, p. 61, out./nov./dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RSE 2006.72.14.002573-7, Sétima Turma, Relator Ricardo Nüske, D.E. 28/01/2009. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RSE 2005.71.08.011814-0, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 14/01/2009. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php.